

SOCIEDADE REGULAR E SOCIEDADE DE FACTO

EM DIREITO CIVIL E EM DIREITO COMMERCIAL

Para dar uma idéa exacta das paridades e diferenças que ha entre a *sociedade regular, de direito*, ou *legal*, e a *sociedade de facto, illegal*, ou *irregular*, convém primeiro mostrar de modo preciso o que é a *communhão de bens*, ou *de interesses*, genero de que são especies as duas fórmãs de sociedade.

As expressões—*communhão de bens*, *compropriedade* e *condomínio*, usam-se não raro como synonymas, equivalentes. Mas, bem observa Vitalevi, a *communhão*, óra significa um modo de ser da propriedade, exprime o dominio que diversas pessoas têm, por quotas ideaes, sobre a mesma cousa; óra traduz o conjuncto dos direitos e obrigações que, em virtude da *compropriedade*, surgem entre os condôminos. O uso vulgar tem adoptado o termo—*compropriedade*—na accepção de estado de mero facto do dominio exercido conjunctamente por varias pessoas sobre um só objecto, e de preferencia sobre cousas singulares, ao passô que a *communhão* nos traz

a idéa de relações pessoaes (direitos o obrigações) entre os communheiros, relações que se estendem a uma universalidade de cousas (1).

Ninguém, no conceito de Troplong, ainda definiu melhor a sociedade de que Felicius: «*Societas est contractus qui consensu, rebus, vel operibus, vel industria intervenientibus, ad communem quaestum, seu lucrum, perficitur*» (*De societate*, cap. 1.^o, n. 4).

Em primeiro logar, toda sociedade presuppõe necessariamente um contracto. Por esse contracto, os socios põem alguma cousa, *res, opera, vel industriam*, em *commun*. Por ultimo, o fim de toda sociedade é a realisação de um lucro, de um beneficio, que se partilha entre os socios (2).

Não se confunde a sociedade com a communhão. Com grande proficiencia, Bicocca assignala os pontos em que se identificam, e os em que differem, a communhão e a sociedade. Uma e outra produzem participação de interesses e direitos sobre uma dada cousa, ou um determinado conjuncto de cousas; em ambas a administração se faz em *commun*, posto que sujeita a regras differentes; em ambas os interessados têm por fim ultimo a divisão da cousa *commun* e dos seus productos.

Divergem, entretanto, em que: *a*) a sociedade, como effeito que é de um contracto, exige sempre o consenso dos associados, e a communhão póde verificar-se mesmo sem o consentimento dos communheiros, por força da vontade de um terceiro, do acaso, ou da lei (3); *b*) a sociedade, porque exige o consenso

(1) Vitalevi, *Della Comunione dei Beni* n. 17.

(2) Troplong, *Du Contrat de Société*, ns. 3 a 6.

(3) Glück, *Commentario alle Pandette*, vol. 10, § 714, enumera varios casos de communhão incidente, isto é, proveniente da vontade de um terceiro, do acaso, ou da lei.

dos socios, exige por isso mesmo a capacidade dos contratantes; a communhão póde subsistir validamente entre incapazes, excepto quando procede de convenção, o que é possível; *c)* a sociedade, para existir legalmente, precisa ser contractada de accordo com certos preceitos da lei, ao passo que a communhão não depende de fórma alguma; *d)* na communhão o communheiro póde sempre transferir seus direitos a quem quizer; na sociedade, em regra, ao socio não é licito trasladar a outrem seus direitos e obrigações; *e)* o communheiro tem a faculdade de requerer a todo tempo a dissolução da communhão, faculdade negada ao socio, sempre que ha um praso estipulado para a existencia da sociedade; *f)* ha sociedades que se extinguem pela morte, interdicção, ou fallencia, de um socio; na communhão, os direitos do morto, do interdicto, ou do fallido, passam aos seus successores; *g)* da sociedade nasce a acção pessoal—*pro socio*; da communhão—a acção mixta—*communi dividundo* (4); *h)* a differença fundamental entre sociedade e communhão consiste na *affectio societatis*, de que nos fala Ulpiano, isto é, na intenção manifestada pelos socios de obter lucro das cousas, ou prestações, postas em *commun*, facto que não se observa na communhão; *i)* as sociedades, especialmente as commerciaes, podem dar origem a uma pessoa juridica, distincta da dos socios; a communhão nunca é pessoa collectiva; *j)* a sociedade se constitúe para a consecução de um certo fim, e, realisado este, se dissolve; a communhão não existe para negocios, ou para fins determinados (5). São essas as principaes distincções entre a communhão e a sociedade. Outras, menos importantes, se lêem no citado Bicocca.

(4) A questão de saber se a acção *communi dividundo* é pessoal, real ou mixto, está solvida no direito positivo brasileiro, pois a lei de 5 de setembro de 1890 deo á dita acção o character de acção mixta.

(5) Bicocca,—*La Comunione dei Beni*, ns. 13 e 14.

Para Vitalevi a verdadeira característica da sociedade reside na *affectio societatis* de Ulpiano, na intenção dos socios de se servirem do estado de indivisão para realizar beneficios, lucros communs, com o fito nos quaes põem seus bens em commum. Ha sociedade, quando a communhão é animada do designio preciso de obter um lucro, ou beneficio. Não ha, quando falta esse intuito, e a intenção das partes se reduz ao uso e goso inerte das cousas indivisas (6).

Já Troplong havia bem caracterisado a communhão, dizendo-a um estado meramente passivo, em antithese com a sociedade, que se serve da communhão como meio de conseguir lucros, e dividil-os entre os socios (7).

A *communhão de bens*, ou *de interesses*, pois, é expressão que tem dois sentidos. Na accepção lata, significa um genero, de que ha duas especies: a communhão no sentido restricto, que é o que acabamos de distinguir da sociedade, e a sociedade, que póde constituir-se regularmente, ou não.

*
* * *

O contracto de sociedade é de direito civil e de direito commercial.

As sociedades civis se dividem em duas especies; *sociedades civis*, na accepção restricta do termo, e *associações*.

As sociedades civis, no sentido stricto, estão sujeitas ás disposições da Ord., liv. 4.º, tit. 44, e comprehendem as sociedades constituidas para quaesquer fins de ordem civil, exceptuados os fins enumerados no art. 1.º da lei n. 173, de 10 de Setembro de 1893.

(6) Obra citada, n. 33.

(7) Obra citada, n. 22.

As sociedades fundadas para a realisação dos fins indicados na citada lei, denominam-se *associações*.

A distincção entre sociedades e associações, consagrada no direito patrio pela lei de 10 de Setembro de 1893, citada, procede do direito francez, no qual se diz que ha uma *sociedade*, quando duas, ou mais pessoas, põem seus capitaes em commum, para o fim de colher um beneficio, ou lucro, e uma *associação*, quando as entradas, ou prestações, consistem em actividade, faculdades, iniciativa, conhecimentos (8), que os associados põem em commum para realisar fins religiosos, moraes, scientificos, artisticos, politicos, ou de simples recreio (9).

Têm as sociedades civis—na accepção ampla do termo—personalidade juridica?

No que toca ás associações, a questão está resolvida pela lei. As associações que inscreverem o seu contracto social no registro civil da circumscripção onde estabelecerem séde, terão personalidade juridica (art. 1.º da lei de 1893).

Quanto ás sociedades civis, propriamente ditas, a longa e renhida controversia sobre a questão de saber se são, ou não, pessoas juridicas, vae reduzindo-se aos poucos á opinião triumphante dos que entendem que a affirmativa é a unica solução compativel com os principios do direito, não havendo fundamento racional para reconhecer a personalidade juridica nas sociedades commerciaes, e negal-a ás civis.

A doutrina que affirma serem as sociedades civis pessoas juridicas, é a acceita pelo Tribunal de Justiça do Estado, como se póde vêr no accordam publicado pela *Gazeta Juridica*, de S. Paulo, vol. 3.º, pag. 322 e seguintes.

(8) Waldeck—Rousseau, *Associations et Congrégations*, pag. 6.

(9) Lei citada de 1893, art. 1.º

Mas, já se tem objectado, deante da disposição do art. 15 da lei de 10 de Setembro de 1893, não mais é lícita a asserção de que as sociedades civis são pessoas jurídicas. Preceitua o citado artigo: «As associações que não adquirirem personalidade jurídica, nos termos desta lei, reger-se-hão pelas regras das sociedades civis». Dahi concluem alguns: no conceito do legislador patrio as sociedades civis não têm personalidade jurídica.

Não nos parece fundada a objecção. O legislador de 1893 não alterou a natureza das sociedades civis.

Declarou sómente que as *associações*, não registradas, ficavam sujeitos ás regras das sociedades civis, taes como estavam constituídas até á data da referida lei de 1893.

Isto posto, tudo se resolve pela distincção que fez o Dr. Clovis Bevilacqua no *Direito das Obrigações*, § 163, pag. 400. No direito patrio, o conceito de sociedade civil tem tido uma grande amplitude. Tem-se entendido que tanto póde haver sociedade civil com patrimonio proprio e vida inteiramente distincta da dos socios, como sem essa distincção de funcções e de direitos entre a collectividade e cada um dos socios. A sociedade civil da mãe com os filhos maiores, do pae com os filhos emancipados, dos irmãos maiores — uns com os outros, quando habitam a mesma casa, e possuem em commum os bens partidos, ou por partir, sociedade de que tracta C. Telles, no *Digesto Portuguez*, vol. 2.º, n. 1195 e seguintes, com apoio em Arouca, Guerreiro e Lobão, e que é a mesma de que nos dá noticia Teixeira de Freitas (nota 1.ª ao art. 742 do *Consolidação*), dizendo-a o modelo da *Sociedade civil*, sociedade *inter amicos*, inquestionavelmente não se confunde com a sociedade que, por exemplo, duas ou mais pessoas fazem para a exploração de um ou

mais predios rusticos, adquirindos os immoveis em nome da firma social, e em nome desta ainda vendendo os productos da laboração da terra, e praticando quaesquer outros actos de ordem juridica.

Consequentemente, como bem diz o Dr. Clovis Bevilacqua, as *associações* não registradas, estando sujeitas ás regras das sociedades civis, terão personalidade juridica, ou não, segundo tiverem, ou não, patrimonio seu, distincto do dos socios, denominação sua, differente dos nomes dos socios, uma vida juridica propria, em summa, como têm todas as collectividades revestidas da personalidade juridica.

*
* *

Ao lado das sociedades civis ha as sociedades commerciaes, subordinadas ás disposições dos artigos 300 a 353 do Cod. Commercial.

Como se distinguem as sociedades commerciaes das civis? Não é pela *forma* que revestem, mas pelo *fim* a que se destinam, como sabiamente ensina Troplong (10). As sociedades civis, do mesmo modo que as commerciaes, podem constituir-se, por exemplo, sob a forma das sociedades em nome colectivo, ou sob a das sociedades anonymas. As sociedades anonymas que se têm organizado entre nós para explorar a industria agricola, ou para a compra e laboração de predios rusticos em geral, são sociedades civis, nem poderiam deixar de sel-o deante do art. 19 do Regul. n. 737, de 1850. As sociedades em nome colectivo, ou sob qualquer outra forma, destinadas á compra e revenda de immoveis, são egualmente sociedades civis. Troplong, por meio de exemplos muito preciosos, mos-

(10) Obra citada, ns. 317 e seguintes.

tra-nos claramente o criterio que devemos adoptar para distinguir as sociedades mercantís das de direito civil (11).

Sendo o principio que serve de fundamento aos arts. 632 e 633 de Cod. do Commercio Francez, o mesmo que fundamenta o art. 19 do nosso Regul. n. 737, de 1850, as regras firmadas por Troplong para a discriminação das sociedades civis das commerciaes são perfeitamente applicaveis no direito patrio.

*
* *

A sociedade, quer a civil, quer a commercial, póde existir sem forma legal, sem contracto, por escriptura publica, ou escripto particular, em que se estipulem os direitos e obrigações dos socios, as prestações e os fins sociaes. Temos, então, uma sociedade de facto, irregular, ou illegal.

O nosso Cod. Commercial, nos artigos 300 e 301, preceitúa que as sociedades mercantís só se provam por escriptura publica, ou particular, e que, emquanto o instrumento do contracto não fôr registrado, não terá validade entre os socios, nem contra terceiros, sómente dando acção a estes contra os socios solidariamente. Mas, supponhamos que duas ou mais pessoas iniciem uma série de operações commerciaes, usando de uma determinada firma, sem contracto escripto, e assim pratiquem um certo numero de actos mercantís, apresentando-se perante terceiros, como se tivessem constituido, por exemplo, uma sociedade em nome colectivo, ou em commandita. O facto é frequente entre socios que entram com pequenos capitaes, ou entre parentes em gráo muito proximo. Quaes

(11) Obra citada, ns. 317 e seguintes.

seriam as consequencias juridicas desse conjuncto de factos?

O contracto então, responde Vivante, emerge tacitamente, lentamente, dos factos, não se podendo sequer determinar-lhe a data. Em taes casos, a ausencia das formas legaes não produz a *inexistencia da sociedade*, esta assenta em um contracto que tem todos os *requisitos essenciaes*; nem a lei tem o poder de destruir os factos já consummados, e os que vão realisando-se em consequencia desse contracto (12).

A mesma juridica doutrina, geralmente aceita pelos commercialistas, é communmente adoptada em direito civil. Troplong, que neste assumpto, assim como em materia de compra e venda, é uma das mais abalisadas auctoridades, ensina que, por mais irregular que seja a sociedade—sem contracto com as formalidades legaes—não deixa de ser um facto consummado, que deo origem a relações sociaes, e seu passado não póde desaparecer sem vestigios (13). Ha negocios que se fizeram em commun; importa regular-os segundo a intenção das partes, desde que não se queira fazer das sociedades de facto uma especie de estado selvagem, sem direito, nem protecção. Não ha entradas, ou prestações, que retirar? Ha de se deixar o remanescente ao primeiro occupante (14)? Em relação ao passado, as sociedades de facto devem ser subordinadas pelos tribunaes á lei que os associados se impuzeram, ao modo como estes entenderem regular seus interesses (15). A razão, e peremptoria, dessa doutrina assim nos é dada pelo sabio civilista: «*Autrement, la nullité introduite par la loi, pour éviter les fraudes, serait un moyen de gain frauduleux pour l'un des asso-*

(12) Vivante, *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. 1.^o, n. 305.

(13) Obra citada, n. 249.

(14) *Ibidem*.

(15) *Ibidem*.

ciés peu soucieux de sa parole. Supposons que les parties n'aient voulu faire qu'une commandite : est-ce qu'il faudra transformer cette société en société ordinaire et grever le commanditaire au delà de sa mise? ne serait-ce pas une énormité? Il faudra donc aussi n'avoir aucun égard à la quotité des mises? Et si vous n'osez pas aller jusque-là, si vous consultez la convention pour ce qui concerne cette quotité, pourquoi pas aussi pour le règlement des dettes, pour les ports dans les pertes et les bénéfices, et pour toutes les conditions sous lesquelles les parties sont entrées en rapport? Quant à moi, je ne conserve pas le moindre scrupule sur cette question. Puisqu'on est forcé par une irrésistible nécessité d'adopter la société comme fait, il faut prendre ce fait dans sa plénitude; il ne faut pas le scinder capricieusement; il ne faut pas en accepter telle partie, et en rejeter telle autre, qui en a été un des éléments essentiels; sans quoi la bonne foi, qui est l'âme des sociétés, est blessée, et on procure un profit injuste à celui qui n'est pas moins coupable que son adversaire pour n'avoir pas observé les formalités légales»,

Quanto ao passado, pois, note-se bem, quanto ao passado, as sociedades de facto são equiparadas às sociedades regulares. Tal é a regra, que soffre excepções, impostas pela necessidade de resguardar os direitos dos credores pessoaes dos associados. Assim que os credores pessoaes de um dos socios de facto pódem requerer a declaração da nullidade da sociedade, se, desembaraçando por esse meio o patrimonio do devedor, mais facilmente pudérem cobrar a importancia de seus creditos. Os credores particulares de um socio pódem egualmente oppôr a nullidade da sociedade aos credores desta (16). Não reconhecer taes direitos aos credores dos socios seria acoroçoar

(16) Troplong, n. 251.

a fraude, permitindo que os devedores de ma fé allegassem uma sociedade clandestina, para se furtarem aos pagamentos dos seus debitos.

Deante do exposto, não póde dizer-se precisa, ou correcta, a equiparação da sociedade de facto á communhão de bens, ou de interesses, a que alludem T. de Freitas (17) e Carlos de Carvalho (18). A sociedade de facto é *menos* que a sociedade regular, e *mais* que a communhão de bens, tomada esta expressão no sentido restricto, porquanto na accepção lata constitúe, como já vimos, um genero, de que são especies a simples communhão de bens e a sociedade, que se subdivide em regular e de facto.

As analogias, ou a identidade, e as distincções, ou diferenças, entre a sociedade regular e a de facto, no direito patrio, mais clara e accentuadamente se vêm no commercio.

O Cod. Commercial no art. 305 positivamente reconhece as sociedades de facto. As presumpções indicadas no artigo citado presuppõem a falta do contracto social, revestido das formalidades legais.

A' imitação do que fez Vivante no direito commercial italiano, podemos estudar os effeitos juridicos das sociedades de facto em nosso direito commercial, considerando tres ordens de relações: 1.^a) as relações dos socios entre si; 2.^a) as relações entre os socios e os credores sociaes; 3.^a) as relações entre os credores sociaes e os particulares dos socios.

I Em face da disposição do art. 301, ultimo *alinea*, do Cod. Commercial, os socios de uma sociedade de facto não pódem demandar em juizo nenhum effeito futuro do contracto tacito da sociedade (19).

(17) *Consolidação*, nota 6.^a ao art. 747.

(18) *Nova Consolidação*, art. 1275.

(19) T. de Freitas, passagem citada

Assim, por exemplo, a nenhum socio é licito requerer que o outro, ou os outros associados, sejam compelidos a realizar as entradas, ou prestações, que prometteram.

Só é permittido fazer valer em juizo os effeitos passados. Assim, por exemplo, póde qualquer socio pedir a dissolução e a liquidação da sociedade de facto. Se a falta de contracto escripto impedisse a dissolução e consequente liquidação, adverte Vivante, collocariamos os socios de facto na impossibilidade de extinguir uma sociedade repellida pelo direito como causa de perturbações nas relações juridicas (20), o que é absurdo.

Em virtude do disposto no art. 8.º, letra *d*), da vigente lei das fallencias (de 16 de agosto de 1902), tambem os socios de facto pódem, ou, antes, devem requerer a fallencia social, nos mesmos casos em que as sociedades regulares. Cumpre notar neste ponto uma differença entre as sociedades de facto e as regulares: a fallencia destas póde ser requerida por qualquer dos socios, com exhibição do contracto social; a das sociedades de facto deve ser requerida por todos os socios, com indicações de suas qualidades e respectivos domicilios (21).

II Com incontestavel apoio nos arts. 304 e 305 do Cod. Commercial, podemos repetir no direito patrio o que escreveo Vivante no direito italiano: os credores de uma sociedade de facto se acham na feliz posição juridica de poderem valer-se da existencia da sociedade, ou desconhecel-a, segundo lhes convier. Em geral, terão interesse em provar a existencia da sociedade, para o fim de exercitarem os seus direitos

(20) Obra citada, n. 306.

(21) Lei n. 859, de 16 de agosto de 1902, art. 5.º, letra *b*), art. 8.º, letra *d*), Cod. Commercial, art. 301, ultimo *alinea*.

contra todos os socios solidariamente, e de afastarem a concurrencia dos socios que pretendessem excutir como credores o patrimonio do socio executado. Provada a existencia da sociedade de facto, os credores poderão requerer a fallencia da mesma. Que interesse, talvez se pergunte, que interesse têm os credores em obter a declaração de fallencia da sociedade? Não têm elles a garantia solidaria de todos os devedores sociaes (art. 301 do Cod. Com.), podendo requerer a decretação da fallencia de todos esses devedores? O interesse, responde Vivante, cuja lição é perfeitamente concorde com o nosso direito positivo, está, por exemplo, em serem cobrados os creditos por meio de um só processo de fallencia.

Se, pelo contrario, aos credores sociaes convém repellir a existencia da sociedade, pôdem fazel-o livremente, visto como os socios não têm direito de oppôr aos credores sociaes uma sociedade sem contracto escripto e revestido das formalidades legais (22). Dahi as seguintes consequencias: *a)* os credores da sociedade de facto pôdem primeiro accionar um ou mais socios, e depois a propria sociedade, ou requerer a fallencia desta; *b)* pôdem ainda requerer a fallencia sómente de um ou mais socios, dispensando ou exceptuando os outros (23).

III Os credores particulares dos socios têm o direito de não admittir ou reconhecer a sociedade de facto. Se aos socios de uma sociedade irregular não aproveita negar a existencia da sociedade, quando terceiros a provem de qualquer modo, os credores particulares dos socios não pôdem ser equiparados a estes, para o fim de lhes ser vedado negar a existencia da sociedade. A equidade favorece aos credores par-

(22) Cod. Com., art. 301, Vivante, obra citada, n. 307.

(23) Vivante *loco citato*.

ticulares nos conflictos com os credores sociaes, pois aquelles não podiam regularmente conhecer a existencia de uma sociedade não registrada, nem publicada, ao passo que aos credores sociaes incumbia averiguar a realidade, e pôdem reputar-se culpados por não ter inferido do silencio do registro a constituição irregular da sociedade (24).

No caso de ser requerida a fallencia da sociedade de facto pelos credores sociaes, os credores particulares têm o direito de se oppôr á decretação dessa medida, porquanto juridicamente contavam com todo o patrimonio do devedor, incluídas as entradas com que clandestinamente concorreo para a sociedade irregular, como bellamente ensina Vivante, cuja doutrina judiciosa e auctorizada em quasi tudo se adapta ao direito commercial patrio, neste interessante capitulo das sociedades de facto.

S. Paulo, dezembro de 1902.

Dr. Pedro Lessa

(24) Vivante, n. 308.